

MESA-REDONDA

# A Justiça Frente à Revolução Científico- Tecnológica no Campo da Reprodução Humana

RESUMO

Ressalta a importância do princípio da precaução na relação entre o Direito e a ciência. Constata que a consolidação do Direito não pôs fim aos questionamentos éticos, persistindo a busca das soluções propostas pelo Comitê de Ética.

Afirma que o Poder Judiciário contemporâneo encontra-se numa situação “esquizofrênica” e que sua inadequação às exigências atuais justifica a existência de decisões judiciais totalmente discrepantes em casos semelhantes, bem como a descrença popular em relação à justiça, dentre outros problemas.

Por fim, acredita que, nas hipóteses cujas limitações do conhecimento científico evocam o princípio da precaução, será necessário um grande investimento social para divulgação popular dos meios e modos da ciência, a fim de harmonizar a conflituosa relação entre Direito e saúde.

PALAVRAS-CHAVE

Princípio da precaução; Direito; ciência; Poder Judiciário.

Gostaria de enfatizar especialmente a questão relativa ao princípio da precaução, que acredito ser a mais importante hoje nessa relação entre o Direito e a ciência.

Ao ler o *Rapport du Conseil d'Etat*, de 1998, da França, a respeito das reflexões sobre o Direito da saúde, encontrei um comentário que introduz muito bem o tema, pois, após a vaga legislativa em matéria de bioética, aconteceu um processo interessante que levou à seguinte constatação: a consolidação do Direito não pôs fim aos questionamentos éticos, persistindo a busca das soluções propostas pelo Comitê de Ética. O trabalho de consolidação da norma ética em norma jurídica clássica não foi linear e apresenta – e diziam ainda em 1998 – grandes dificuldades. Existe incerteza quanto à noção de norma nessa matéria e sobre o tipo de redação que se deverá traduzir em obrigação suscetível de ser respeitada. Em suma, a relação entre o Direito e a ciência, especialmente as ciências da vida, não é unívoca.

Verifica-se, inúmeras vezes, a existência de um conjunto de leis válidas e que exprimem o poder de império, obrigando comportamentos que prescrevem e que não guardam qualquer relação com o sentimento de justiça preponderante entre as pessoas submetidas a determinado sistema normativo. Talvez seja essa uma das razões que expliquem a existência de leis que, na linguagem popular brasileira, “não pegam”.

Os estudiosos do Direito, então, constroem teorias para explicá-lo como um sistema fechado em si mesmo, permitindo que se continue, cinicamente, a explicar o funcionamento do sistema jurídico no conforto proporcionado pela abstração dos constrangimentos éticos

e políticos que definem o Direito em cada sociedade.

Não se pode negar, contudo, a capacidade que têm essas teorias para realizar a tarefa a que se propõem; entretanto, compreender o sistema jurídico responde apenas a um dos sentidos do termo “direito”, palavra analógica que designa pelo menos três realidades: o sistema normativo, as permissões dadas por meio de normas jurídicas para práticas de atos, o chamado Direito subjetivo, e a qualidade do que é justo.

Dentre as fontes das normas jurídicas examinadas apenas como objetos, uma ordenação a que as pessoas devem se sujeitar, sobressai-se em importância, especialmente a partir do liberalismo político, a lei. Para os revolucionários burgueses do final do século XVIII, a forma ideal de oposição ao governo monárquico e absoluto era o estabelecimento da democracia, na qual a vontade do povo estaria representada pela lei.

Uma vez que se considere lei apenas aquilo que interessa verdadeiramente à organização social, e que é definido pelo povo, encontrando-se um mecanismo que impeça a instauração de qualquer outra ordem que não a legal, estar-se-á resolvendo o desafio formulado por Rousseau, ao iniciar *O Contrato Social*: encontrar uma fórmula de associação que defenda e proteja a pessoa, bem como os bens de cada associado, com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, contudo, apenas obedeça a si mesmo, permanecendo, assim, tão livre quanto antes.

É igualmente a origem revolucionária que permite compreender o grande valor conferido à forma, muitas vezes em prejuízo do próprio conteúdo na elaboração da doutrina do Esta-

do de Direito. Buscava-se corrigir a deformação do processo legislativo e, conseqüentemente, da idéia moderna de democracia, causada pelo predomínio da forma.

É importante notarmos que as revoluções operárias do final do século XIX e começo do século XX continuaram a valorizar a igualdade formal como uma conquista fundamental, que deveria, entretanto, ser acrescida das possibilidades de sua efetiva realização. A experiência revelou, contudo, que ampliar a participação no processo legislativo, de modo a garantir que todos tomem parte na feitura da lei, não assegurou a justiça social nem a autêntica participação do povo no processo político.

Verificou-se que a exigência de formalidade, combinada com a grande ampliação das esferas de atuação do Estado, atingindo quase todos os setores da vida social, colocou em risco a democracia. Observou-se, sobretudo, que a forma da lei afastou-a de seu conteúdo ético. A lei passou a atender a interesses de grupos, a partes da sociedade, e não mais ao interesse público.

A lembrança da Alemanha nazista ou da Itália fascista é suficiente para evidenciar que, sem a efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controle das decisões e a real participação de todos nos rendimentos da produção, não se pode adequar a idéia de democracia aos tempos de hoje.

Por outro lado, o início do século XXI encontrou um mundo submerso em ameaças reais ou mesmo no sentimento geral de medo em relação ao desenvolvimento da ciência, à saúde pública, à qualidade dos alimentos e ao equilíbrio do meio ambiente. Quer-se, ao mesmo tempo, preservar os be-

\* Conferência proferida no *Seminário Internacional Clonagem Humana: Questões Jurídicas*.

nefícios resultantes do desenvolvimento científico e agir de modo a garantir a precaução no domínio da saúde pública e do ambiente.

Pode-se afirmar que a convicção de que todos os homens têm um destino comum, pois “todos estão no mesmo barco”, tornou impossível a existência de riscos estritamente individuais. Para se avaliar o alcance da constatação de que o risco coletivo é de determinação cultural, recíproca e pública, basta lembrar que tal compreensão gerou a necessidade de uma nova teoria da justiça para dar forma política aos riscos sociais. Assim, apenas uma proteção eficaz contra as injustiças relativas à liberdade ou à igualdade pode garantir o sentido da justiça e o apego moral aos valores políticos indispensáveis à ação após a descoberta do futuro comum.

O fenômeno social traduzido no princípio de precaução levou igualmente ao desenvolvimento de uma filosofia da precaução, construída a partir de uma história da prudência, que revela, inicialmente, o domínio do paradigma da responsabilidade, substituído, na passagem do século XX, pelo da solidariedade. A segurança, novo paradigma em fase de formação, outorga às obrigações morais a forma ética e transforma o princípio da responsabilidade em precaução.

Com efeito, a idéia moderna de responsabilidade buscava tornar o homem prudente, pois sancionava o comportamento contrário àquele que deveria e poderia ser previsto. Definia-se a noção de culpa, que articulava a sanção à prevenção e à indenização.

A responsabilidade era, sem dúvida, um excelente princípio regulador, que perdia sua eficácia frente à dúvida ou à incerteza, elementos cada vez mais frequentes na sociedade que se industrializava, induzindo sua suplantação pelo princípio da solidariedade. Tratava-se, assim, de compensar o prejuízo decorrente dos acidentes que não eram passíveis de serem prevenidos.

O motor principal dessa transformação foram os acidentes do trabalho e as aposentadorias. O princípio da responsabilidade permanecia atuante no que respeitava ao comportamento imprudente, mas a solidariedade garantia a indenização nos casos em que, apesar de se terem tomado todas as precauções para evitá-los, os acidentes aconteciam.

A sociedade passou a organizar, então, as formas de repartir os riscos considerados eminentemente sociais, reputando a responsabilidade àquele

Atuar o princípio de precaução significa, (...), conduzir uma ação política que obriga a prudência. É necessário certificar-se do melhor estado da arte a respeito e analisar as repercussões socioeconômicas e culturais do problema, estabelecendo-se um adequado e eficaz sistema de vigilância, (...), e contando-se com a participação ativa das pessoas para que se possa firmar a correta relação custo/benefício, indispensável à tomada da decisão política.

que considerava justo que suportasse o prejuízo pecuniário, fosse ele o autor ou a vítima. Esse foi o clímax do seguro social, que, sem dúvida, também influiu para a diminuição na atenção dada ao comportamento individual imprudente.

O desenvolvimento social revela que, na base das sociedades securitárias do Estado de bem-estar, encontrava-se a crença em uma ciência capaz de sempre melhor controlar os riscos. É exatamente a constatação de que a própria evolução científica vem aumentando os riscos imprevisíveis que está provocando a afirmação do novo paradigma, o da segurança. Assim, um contexto de incertezas científicas acrescido do risco de ocorrência de danos graves e irreversíveis induz à formação do princípio de precaução. É igualmente evidente que esse princípio pretende conter a inovação, reorientando o progresso científico ilimitado e revalorizando a busca dos verdadeiros responsáveis pelos comportamentos imprudentes.

Assim, o princípio de precaução não se compraz apenas com a carac-

terização do dano a ser compensado, pois abriga a convicção de que existem comportamentos que devem ser proibidos, sancionados e punidos. A mudança é, portanto, significativa. Não basta determinar o montante da indenização, pois existem danos que não têm preço. A teoria que começa a ser construída sobre o princípio de precaução procura minimizar o argumento de que ele conduz à abstenção e, por conseguinte, à estagnação do desenvolvimento científico.

Afirma-se que, pelo contrário, seu emprego deve implicar o aumento do investimento em ciência e tecnologia, uma vez que, em situações de risco potencial desconhecido, exige a busca de solução que permita agir com segurança, ou seja, que transforme o risco potencial em risco conhecido ou, ao menos, em risco potencial fundado, pois trata-se de fenômeno social que implica a radicalização da democracia. Exige-se o direito de participar, possuindo todas as informações necessárias e indispensáveis, das grandes decisões públicas ou privadas que possam afetar a segurança das pessoas.

A aplicação do princípio de precaução impõe uma obrigação de vigilância, tanto para a preparação da decisão, quanto para acompanhar suas consequências e, sobretudo, promove a responsabilidade política em seu grau mais elevado, uma vez que obriga a avaliação competente dos impactos econômicos e sociais decorrentes da decisão de agir ou de se abster.

Talvez a maior contribuição trazida pelo princípio de precaução seja, contudo, duplamente jurídica. Com efeito, ao deixar claro que se trata de analisar um risco, isto é, a possibilidade de causar dano a alguém, ainda que sem culpa, a exigência de precaução obriga a considerar seriamente a instituição das perícias judicial e extrajudicial. É conveniente observarmos que o risco está diretamente ligado à técnica, não ao indivíduo que dela se vale.

A complexidade dos saberes envolvidos na decisão de instituir a vacinação generalizada contra uma grave infecção viral de incidência crescente ou de retirar do mercado um produto suspeito de causar infecção e morte com base apenas em informações epidemiológicas ainda não comprovadas laboratorialmente, por exemplo, requer a participação de peritos, que não deverão ser responsabilizados por essa decisão, mas, sim, o profissional de quem se exige o domínio sobre sua

área de especialidade, que responderá social e juridicamente pelas informações prestadas.

Em caso de se exigir a resposta judicial, o juiz deverá ser capaz de formar seu convencimento a partir da apreciação de relatórios periciais que traduzam a complexidade da pesquisa científica e informações que sejam compreensíveis para todos os interessados. Verifica-se, portanto, a necessidade de investimentos, tanto na formação dos pesquisadores, os quais deverão dominar também as ciências sociais na teoria e na prática, para serem capazes de comunicar à sociedade os resultados de seus experimentos, quanto na das pessoas em geral, que necessitam conhecer as bases do trabalho científico para poderem escolher o grau de risco ao qual consideram aceitável se submeterem em nome do progresso.

O reconhecimento judicial do princípio de precaução implica, também, a indispensável atualização da Filosofia do Direito no que envolve a teoria da responsabilidade, pois, para ser identificado o risco, exige-se que seja afastada toda possibilidade de culpa do autor. De fato, a sociedade contemporânea tem sido colocada frente a um falso dilema no que respeita a tal princípio. Os governantes buscam explicar suas decisões contestadas por ausência de precaução com o argumento da fatalidade, ou da força maior, em termos jurídicos. E os governados, ainda quando têm seu prejuízo indenizado, procuram penalizar todos os responsáveis pelo crime de não terem agido com precaução.

Juridicamente a aplicação do princípio de precaução nada mais é do que a exigência do comportamento prudente, como condição para excluir a responsabilidade por culpa, o que exige a identificação do elemento voluntário na caracterização do ato. Entretanto, a evolução da teoria da responsabilidade tem sido no sentido contrário, generalizando-se a chamada "responsabilidade objetiva" ou sem culpa particularmente em relação às ações do Estado, o que permite, com maior facilidade, a obtenção de indenização, estimulando, por sua vez, a generalização do seguro.

Deixando de analisar o comportamento que gerou o dano, desconhecendo, portanto, o homem negligente ou imprudente, ou não verificando sua falta de conhecimento, ou sua competência técnica insuficiente – a imperícia –, a responsabilidade por risco, todavia, não satisfaz o prejudicado, que não mais aceita apenas ser indeniza-

do, mas deseja a identificação do culpado. Tal comportamento social deve servir aos filósofos e teóricos do Direito para lembrar que a responsabilidade se situa entre a retribuição e a imputação, ou seja, envolve tanto a indenização quanto a procura da verdade.

Atuar o princípio de precaução significa, enfim, conduzir uma ação política que obriga a prudência. É necessário certificar-se do melhor estado da arte a respeito e analisar as repercussões socioeconômicas e culturais do problema, estabelecendo-se um adequado e eficaz sistema de vigilância, de alerta, e contando-se com a participação ativa das pessoas para que se possa firmar a correta relação custo/benefício, indispensável à tomada da decisão política.

Harmonizar a relação conflituosa entre Direito e saúde é tarefa árdua. Lembrando o que foi exposto, verifica-se que, nas hipóteses em que as limitações do conhecimento científico evocam o princípio da precaução, será necessário um grande investimento social para disseminação popular dos meios e modos da ciência, assim como seria conveniente a definição de uma carreira para os peritos, talvez paralela àquela dos professores nas universidades públicas, por exemplo, que lhes impusesse a imparcialidade requerida do juiz e que os preparasse para traduzir seus achados em linguagem acessível às pessoas comuns do povo.

Deve-se pretender, enfim, que a discussão desses temas aconteça em um espaço que permita a superação da cultura dos peritos, em que possam ser, efetivamente, debatidas as grandes opções sociais. Deve-se, também, proteger as condições procedimentais do processo democrático, isto é, torna-se necessário garantir que as discussões relativas à aplicação do Direito sejam completadas por aquelas referentes aos fundamentos do Direito.

É, pois, indispensável a criação de um espaço jurídico público que configure o elemento fundamental para a gênese democrática do Direito, que se encontra na combinação e mediação recíproca entre a soberania do povo juridicamente institucionalizada e a não-institucionalizada. Tal equilíbrio implica a preservação de espaços públicos autônomos, a extensão da participação dos cidadãos, a domesticação do poder dos meios de comunicação de massa e a função mediadora dos partidos políticos não-estatizados, no dizer de Habermas.

É absolutamente necessária a participação popular, entendida em sua inteireza, envolvendo todos os seg-

mentos potencialmente interessados na feitura da norma ética, que deve ser considerada um procedimento eficiente, *ex ante*, para legitimar as decisões que, apreciadas conforme seu conteúdo normativo, atuam como atos legislativos ou decisórios.

Não deve, contudo, haver qualquer ilusão no sentido de que, ao garantir-se a gênese democrática da norma jurídica sobre temas éticos, valorizando a ideia de justiça, cessará a angústia que cerca esse Direito.

Com efeito, a grande engenhosidade do mecanismo criado para garantir a supremacia da lei facilitou a mitificação do princípio da legalidade. A instauração do Estado social de Direito, por sua vez, estimulou a proliferação de leis que atendem a interesses particulares e de atos normativos da administração desvinculados de uma lei.

Assim, o Poder Judiciário contemporâneo, que vive uma situação, de certa maneira, "esquizofrênica", tendo recebido a função de preservar a supremacia da lei na organização social, deve agora decidir qual a lei que deve prevalecer entre as várias que dispõem sobre a mesma matéria, de modos diferentes e, algumas vezes, opostos, ou, em muitas oportunidades, ignorar o dever de estrita observância da legalidade para convalidar ações da administração tendentes à instauração de situação mais justa, não diretamente previstas em lei, e – é necessário notar – justificando sempre sua opção na perfeita submissão ao princípio da legalidade.

A compreensão dessa inadequação do Poder Judiciário, tal qual imaginado pelo gênio racionalista, às exigências da atualidade permite explicar a existência de decisões judiciais totalmente discrepantes em casos semelhantes e igualmente justificar o comportamento popular descrente da eficácia do recurso a esse poder para a garantia de direitos. Assim, quando buscam socorro no Poder Judiciário, as pessoas encontram respostas muitas vezes disparatadas, o que é mais frequente exatamente porque existe pouca legislação sobre o tema, e a que existe é de difícil acesso aos não-especialistas.

Para o funcionamento ideal do sistema jurídico em matéria de saúde não basta, entretanto, a existência de leis adequadas aos anseios sociais. Ele precisa igualmente de operadores que falem a língua do sistema sanitário, adaptando-se à determinada expressão quando discute a regulação da sociedade pelo Direito reflexivo. Assim,

seria interessante que os órgãos envolvidos – Polícia, Ministério Público, Magistratura – se organizassem para oferecer a infra-estrutura de apoio necessária à apresentação dos argumentos e à formação do convencimento, respectivamente, em matéria bioética, devendo implicar, por exemplo, a existência de facilidades ao acesso virtual ou real da legislação, da doutrina especializada no assunto e, igualmente, o oferecimento de cursos e seminários sobre o tema. É indispensável, porém, que todos, juizes, membros do Ministério Público e policiais, tenham acesso a tais recursos de infra-estrutura em qualquer comarca onde se encontrem, uma vez que questões de segurança sanitária envolvem pessoas em todas as partes do território brasileiro e não apenas nos grandes centros urbanos. É necessário concluir, enfatizando a importância do papel que o exercício da cidadania desempenha na garantia da proteção do direito à saúde.

De fato, tanto para que a lei reflita o ideal de justiça da sociedade quanto para que os gestores normatizem as relações concretas que podem ameaçar a segurança sanitária ou para que o Poder Judiciário decida sempre preservando o direito de proteção à saúde, é indispensável a participação dos cidadãos, atuando sua parcela de responsabilidade na autoridade deliberativa e judiciária da *polis*. É necessário, pois, que povo e governante se unam na construção e manutenção dos espaços públicos de discussão e que seja feito um esforço importante em educação, seja especializada em Direito Sanitário para operadores do Direito, seja, não menos importante, sobre os métodos da ciência para todo o povo. Apenas assim procedendo, estar-se-á caminhando para fazer coincidir todos os seus sentidos e poder afirmar-se, sem angústias e inquietações, a existência do direito à saúde.

## ABSTRACT

The authoress stresses the importance of the principle of precaution in the relation between Law and Science. She ascertains that the consolidation of Law hasn't answered the ethic questions, persisting the search for proposed solutions by the Committee of Ethics.

She states that the contemporary Judiciary Power is in a "schizophrenic" situation and its inadequacy to the present demands justifies the existence of judicial decisions, totally discrepant, in similar cases, as well as the popular disbelief in relation to Justice, out of other problems.

Finally, she believes that in the hypotheses whose limitations of the scientific

knowledge evoke the principle of the precaution, a great social investment will be needed for the popular propagation of the means and ways of science, in order to harmonize the conflicting relation between Law and health.

KEYWORDS – Principle of precaution; Law; Science; Judiciary Power.

Sueli Gandolfil Dallari é Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário e Professora Titular da Universidade de São Paulo.